

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIBERDADE SINDICAL NO SISTEMA DE GARANTIAS: UM DIÁLOGO COM LUIGI FERRAJOLI

*Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O direito como sistema de garantias. 3. Uma compreensão expansivaUm estudo dos direitos fundamentais. 4. Para além da dicotomia obrigações positivas e obrigações negativas: a estrutura dos direitos de liberdade sindical e sua exigibilidade. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

A Constituição de 1988, passados quinze anos de sua promulgação, ainda necessita de um esforço interpretativo para atribuir força normativa aos seus princípios nela declarados. O objetivo deste trabalho é compreender os direitos laborais e a liberdade sindical como direitos fundamentais intrínsecos a um sistema de garantias.

Para tanto, travaremos um diálogo com a concepção do direito como um sistema de garantias, proposta por Ferrajoli, seu conceito formal de direitos fundamentais e a superação da dicotomia obrigações de fazer ou não fazer, necessária para a efetivação dos direitos civis e sociais.

---

\* Professora de Direito Coletivo do Trabalho no Programa Pós-Graduação/ Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos e de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito Evandro Lins e Silva. Mestre e Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional – PUC-Rio.

## 2. O Direito como sistema de garantias

A afirmação de que a partir do final do século XX presenciamos uma crise profunda no direito é hoje um senso comum geralmente aceita. No entanto, em face das insuficiências do direito são diversas as atitudes dos juristas, que oscilam entre o conformismo e a atividade criadora. Dentre os segundos situamos o pensador italiano Luigi Ferrajoli, para quem a atividade de construção lingüística e simbólica do direito envolve um empenho cívico primordial para superar as debilidades teóricas, que dificultam a efetivação dos direitos, em particular dos direitos sociais.<sup>1</sup>

Para Ferrajoli, a crise profunda pela qual passa o direito, se revela para o autor, revela-se sob três aspectos:<sup>2</sup> o da (a) crise do estado nacional; de uma (b) crise da legalidade e do valor vinculante atribuído às regras pelos titulares dos poderes públicos, e ainda sob o prisma da (c) crise do estado social, que aprofunda a deteriorização da forma da lei e acentua a falta generalizada da certeza de seu cumprimento, ocorrida, sobretudo, pela “falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais equiparáveis, por sua capacidade de regulação e de controle, ao sistema das garantias tradicionalmente predispostas para a propriedade e para a liberdade.”<sup>3</sup>

A partir deste diagnóstico o autor se propõe a construir um modelo de direito entendido como sistema

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Víctor; Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p.14.

<sup>2</sup> Da dita tripla crise do direito corre o risco de traduzir-se na crise da democracia. Ferrajoli rejeita, no entanto, a falácia naturalista e determinista – que afirma que os sistemas jurídicos são como são porque não poderiam ser de outra forma, conformismo que fundamenta a descodificação, a desregulação e a deslegislação. E de outro, também recusa a falácia idealista e normativista daqueles que confundem o direito com a realidade, as normas com os fatos. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías La ley del más débil*. 3ª ed. Madrid: Ed.Trotta, 2002. p. 18.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2.

de garantias. Para tanto, parte da premissa de ser o direito uma realidade não natural, construída pelos homens, sobretudo pelos juristas, em grande parte responsáveis por sua (in)efetividade. A ineficácia dos direitos fundamentais e a violação sistemática das regras por parte dos titulares dos poderes públicos não é lógica nem natural. E é exatamente por isto que o autor está convencido de que o futuro dos direitos fundamentais e de suas garantias não depende somente da chamada crise do direito, sobretudo, mas das perspectivas que se abram para o enfrentamento da crise da razão jurídica.<sup>4</sup>

Uma das perspectivas abertas por Ferrajoli para enfrentar a crise da razão jurídica concebe o direito como sistema artificial de garantias constitucionalmente criado para a tutela dos direitos fundamentais. A função de garantia do sistema está fixada em uma dupla artificialidade, que estabelece vínculos e limites para a produção jurídica. Esta é a principal inovação da estrutura contemporânea dos direitos, pois a legalidade do estado constitucional altera-se ao ser condicionada não só por vínculos formais, como também por restrições substanciais.<sup>5</sup>

A dupla artificialidade do direito contemporâneo reside, pois, na programação de suas formas de produção através de regras de procedimento e da vinculação normativa dos conteúdos substanciais aos princípios e valores inscritos na constituição, mediante técnicas de garantia cuja elaboração é tarefa e responsabilidade da cultura jurídica. Tais vínculos substanciais não são derivados da moral, nem da natureza, mas sim do que os homens pensam, decidem e estabelecem como valores ético-políticos, modelos axiológicos de direito positivo.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 19.

<sup>5</sup> "Podemos llamar 'modelo' o 'sistema garantista', por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo." cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 19-20.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 19.

A compreensão de que os direitos fundamentais necessitam de garantias<sup>7</sup> que possam reduzir as incoerências e imperfeições naturais do ordenamento, permite afirmar que um direito não deixa de ser fundamental – e acima de tudo, não deixa de ser norma jurídica – porque necessita de técnicas que assegurem sua máxima efetividade. E não apenas os clássicos direitos sociais requerem técnicas mais complexas de garantias. De forma análoga, nem todas as liberdades são reparáveis com técnicas de invalidação e anulação jurisdicional.<sup>8</sup>

Sob o marco teórico do garantismo, o constitucionalismo não se apresenta como elemento antitético à democracia. Assim, a produção jurídica é avaliada a partir dos critérios formais, condicionantes da vigência, como também de critérios substanciais, que condicionam a validade das normas. E tais vínculos se espraiam atingem também às normas produzidas por fontes autônomas, que estejam inseridas no sistema

---

<sup>7</sup> Para Ferrajoli, o garantismo produz alterações no plano da teoria do direito, da teoria política, no plano da teoria da interpretação e da aplicação da lei e no plano da metateoria do direito. O modelo garantista pressupõe alterações no âmbito da teoria do direito, já que o paradigma do estado constitucional de direito e sua dupla sujeição do direito ao direito afeta as dimensões do fenômeno normativo. Com a mudança estrutural na percepção do fenômeno normativo, Ferrajoli entende que todos os direitos fundamentais foram vínculos à substância, à forma e aos fins do estado constitucional de direito: *"Todos los derechos fundamentales – no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado esse moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho."* FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 22.

<sup>8</sup> *"Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional."* FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 25. Parece-nos um marco teórico adequado para trabalhar o tema da liberdade sindical, por ser um direito fundamental que necessita de técnicas para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade.

jurídico estatal. Com isto, estabelece bases teóricas para o estudo dos critérios de verificação e controle das normas ditas autônomas, provenientes das negociações sindicais, que configuram elementos formais e materiais.<sup>9</sup>

A concepção do direito como sistema de garantias exige que o autor promova uma reelaboração do conceito de direitos fundamentais, tema que trabalharemos a seguir.

### 3. Uma compreensão expansiva um estudo dos direitos fundamentais

Ferrajoli propõe uma definição formal ou estrutural aos dos direitos fundamentais,<sup>10</sup> estabelecendo um referencial teórico independente dos sistemas constitucionais e jurídicos concretos,<sup>11</sup> que prescindam da análise dos conteúdos tutelados.

<sup>9</sup> Ao refletir sobre a estrutura e sobre as condições da produção da norma jurídica nos sistemas constitucionais rígidos, Ferrajoli permite o avanço dos direitos fundamentais às múltiplas esferas de criação do direito, inclusive aquelas derivadas da liberdade sindical e da autonomia privada coletiva, o que permite demonstrar a eficácia normativa imediata dos direitos fundamentais às relações com os empregadores particulares. Assim, os direitos fundamentais instituem uma esfera de não deliberação, indisponíveis, pois, no âmbito do mercado e da política:

<sup>10</sup> *"Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecible que no; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones."* FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 24.

<sup>11</sup> Conforme definição do próprio autor: *"son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas."* FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 19.

Os direitos fundamentais são, pois, os universais por se dirigirem – no plano normativo – a todos os membros de uma determinada classe de sujeitos, os seus titulares, por força do primado da igualdade.<sup>12</sup> São inalienáveis e não transacionáveis, instituindo limites e vínculos para todos os poderes, públicos e privados. Como melhor explicita Ferrajoli:

*“entiendo ‘universal’ en el sentido puramente lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares.”*<sup>13</sup>

O critério formal de direitos fundamentais é operacional, permitindo transitar – geográfica e historicamente – entre ordens normativas concretas.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> O que não significa que Ferrajoli seja um jusnaturalista, mas sim que admite estarem, ou não, os direitos fundamentais incorporados em um determinado direito positivo. A respeito da definição de Ferrajoli, esclarece Mario Jori: *“El concepto de derecho fundamental es, sin embargo, un concepto teórico reelaborado por Ferrajoli con base en las exigencias de la teoría, y no determinado por el reconocimiento que de él puedan hacer uno o más derechos positivos.”* JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. In: FERRAJOLI, Luigi. *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 116.

<sup>13</sup> A relação entre universalidade e indisponibilidade no pensamento de Ferrajoli, para Luca Baccelli, se funda na inversão da relação de causalidade entre os termos: *“De la argumentación de Ferrajoli, parecería que se hubiera atribuido el carácter de inalienabilidad y de no negociabilidad a ciertos principios porque se consideraba – por motivos éticos y políticos, históricamente determinados – que tales derechos eran inalienables y no negociables.”* BACCELLI, Luca. *Derechos sin fundamento*. In: Luigi Ferrajoli, *Fundamentos de los derechos fundamentales*. p. 200.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., nota 13, p. 20. Antes que se diga ser a exigência de universalidade fator de restrição dos direitos fundamentais, explica-se que a exigência e se situa no plano normativo e se relaciona com a democratização do ordenamento, possibilitando a extensão da igualdade e a redução das diferenças de status.

Ao nosso ver, a construção teórica proposta não apaga a historicidade dos direitos fundamentais: enquanto os conteúdos, os significados e a amplitude variam no tempo, os critérios definidores – personalidade, capacidade de agir e cidadania – permanecem.

Ferrajoli insere os direitos fundamentais no paradigma da democracia constitucional através de quatro eixos de análise: a) existe uma radical diferença entre os direitos fundamentais e os patrimoniais; b) os direitos fundamentais estabelecem a dimensão substancial da democracia;<sup>15</sup> c) os titulares dos direitos são as pessoas, para além da concepção restrita de direitos da cidadania,<sup>16</sup> o que permite aos direitos se tornarem cada vez mais supranacionais, servindo de base normativa para a formulação de uma democracia internacional; d) direitos e garantias não se confundem, sendo certo que a ausência de garantias não apaga nega a existência de um direito fundamental.

Ferrajoli recusa a uniformização promovida pela categoria de direitos civis, nele distinguindo três classes de direitos, com estruturas diversas: (a) os direitos de liberdade, (b) os direitos de liberdade privada – que permitem estabelecer contratos e – (c) os direitos de propriedade.<sup>17</sup> Com isso, nega

<sup>15</sup> Observamos que Ferrajoli se distancia dos teóricos que nos últimos anos tem têm se proposto a fundamentar os direitos humanos e insiste na neutralidade ideológica de seu conceito formal não apenas por prescindir do estabelecimento de conteúdos que guardem pertinência com uma ordem de valores, como também por prescindir da amplitude da classe referencial para designar a todos.

<sup>16</sup> As ressalvas de Michelangelo Bovero em torno da utilização do conceito de *democracia substancial* na obra de Luigi Ferrajoli ajudam a esclarecer os significados dos vínculos substanciais da produção jurídica, como sendo aqueles que regulam a substância e o significado das decisões do legislador. Ver a respeito BOVERO, Michelangelo. *Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Op. cit., nota 13, p. 326-327.

<sup>17</sup> É importante registrar a crítica feita por Ferrajoli ao conceito de cidadania, bastião de privilégios e de *status* limitadores. Luca Baccelli desenvolve uma boa crítica à crítica de Ferrajoli ao conceito de cidadania, afirmando ser necessário maior cautela no tratamento da questão. Para o Baccelli, a negação do nexo entre direitos e pertencimento corre o risco de empobrecer o patrimônio dos valores políticos da cultura democrática, sendo possível fundar o pertencimento em tradições não organicistas e comunitaristas, sob a perspectiva da tradição republicana. A respeito, V. BACCELLI, Luca. *Derechos sin fundamento*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Fundamentos de los derechos fundamentales*. Op. cit., nota 13, p. 210-212.

o atributo de fundamentalidade aos direitos reais da propriedade, separando-a dos tipos diversos de direitos de liberdade e de autonomia. A propriedade é por natureza disponível, alienável, negociável e transacionável.<sup>18</sup> Ao contrário dos direitos fundamentais, que são indisponíveis e inalienáveis. Os direitos que são universais (no sentido de serem reconhecidos a todos ao mesmo tempo) são aqueles que dizem respeito à capacidade jurídica e à capacidade para agir, pressupostos da autonomia privada,<sup>19</sup> e não os direitos de fruição do proprietário.<sup>20</sup>

A compreensão analítica do tema exige, ademais, diferenciar autonomia privada e direitos de liberdade. Não só por serem direitos distintos do ponto de vista estrutural, como também por corresponderem a sistemas sociais e políticos diversos e independentes. Distinguir os direitos fundamentais de autonomia dos direitos fundamentais de liberdade é tarefa necessária para clarear o que a tradição liberal ignorou e confundiu, em especial (a) a distinção entre liberalismo e democracia, (b) que os direitos de autonomia – ao contrário dos direitos de liberdade – são direitos poderes e se encontram submetidos à lei,<sup>21</sup> (c) que é impróprio falar de conflitos ou incompatibilidade entre direitos, quando o caso é de mera sujeição à lei

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 101.

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 102.

<sup>20</sup> *“Estos derechos son consecuencias respectivamente, de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar y forman el presupuesto de la autonomía privada – a los que bien se puede aplicar el nombre de ‘derechos civiles’ – se desarrolla el mercado, exactamente de la misma forma que, sobre la base de los derechos políticos o de autonomía política, se desarrolla la democracia política.”* FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 102.

<sup>21</sup> O rigor analítico que distingue capacidade para adquirir a propriedade da fruição dos direitos reais do proprietário, recusando nesta segunda hipótese os atributos de fundamentalidade, permite demonstrar a fragilidade de inúmeros julgados colhidos nos Tribunais de Justiça brasileiros, que a pretexto de resguardar o “direito fundamental de propriedade,” deferem interditos proibitórios impedindo manifestações sindicais em frente às empresas, a partir de uma classificação hierárquica na qual a proteção dos direitos reais, dos bens adquiridos pelos proprietários, se igualariam ao direito fundamental e, por isto, impediram o exercício da liberdade sindical plena.



constitucional.<sup>22</sup> Não obstante, para Ferrajoli, tanto os direitos de autonomia privada, quanto os de direitos de liberdade, são fundamentais, indisponíveis, instituindo limites à instância política e aos poderes públicos, e também ao mercado e aos poderes privados.<sup>23</sup>

A partir do conceito formal ferrajoliano podemos perceber a expansividade histórica dos direitos fundamentais. O papel garantista do sistema jurídico se amplia com a reivindicação, na esfera social e política, de novos direitos e com sua constitucionalização. As demandas pela transformação de determinados conteúdos em direitos fundamentais comprovam que com tal qualificação se pretenda a obtenção de garantias jurídicas contra o arbítrio e o poder opressivo. E são exatamente seus caracteres estruturais<sup>24</sup> que permitem aos direitos

<sup>22</sup> Para nossa pesquisa interessa sobremaneira tal distinção conceitual, na medida em que é exatamente esta diferenciação que permite, como destacado pelo autor, que existam limites e vínculos impostos pelos direitos de liberdade e pelos direitos sociais à representação política e ao mercado e à autodeterminação privada, cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 12, p. 308.

<sup>23</sup> Os poderes decorrentes da autonomia estão submetidos aos demais direitos fundamentais, sendo impróprio classificar de conflitos casos de descumprimento deste preceito. É especialmente relevante para compreender as limitações constitucionais ao princípio constitucional do reconhecimento da autonomia privada coletiva instituído pelo artigo 7, XXI, da CF/88, desconsideradas pelos julgados recentes do Tribunal Superior do Trabalho, a clarificação teórica dos direitos fundamentais de autonomia, em particular, a recusa à tese da existência de um conflito de direitos em casos nos quais há mera recusa à aplicação da lei constitucional e que são exemplificados por Ferrajoli como as falsas oposições entre *"libertad de empresa y derecho laborales, entre autonomía contractual e indisponibilidad de los derechos fundamentales, entre autonomía política e inviolabilidad de los propios derechos – que son las habitualmente abordadas e dramatizadas por la rica literatura sobre conflictos entre derechos"*. In: FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 12, p. 308.

<sup>24</sup> Os direitos normativamente dirigidos a todos e, portanto, universais são os de converter-se em proprietário e de dispor dos direitos de propriedade. Tais direitos são consequência direta da capacidade jurídica e da capacidade de agir, pressupostos da autonomia privada. Por sua vez, é a autonomia privada – e não a liberdade – a base do mercado. Relembra Ferrajoli que *"los derechos de libertad no tienen nada que ver con el mercado, que puede tranquilamente prescindir de ellos, tal como se ha comprobado durante los diversos fascismos y en las diversas involuciones autoritarias de las democracias de nuestro siglo. Además, estos derechos se encuentran virtualmente en conflicto no solamente con el Estado sino incluso con el mercado: no es posible alienar la propia libertad personal, al igual que no es posible vender el propio voto. Los derechos de libertad,*

fundamentais estabelecerem vínculos substanciais limitadores das decisões da maioria e do mercado. A forma desses direitos se revela como técnica para a preservação dos conteúdos considerados fundamentais e assim estabelecidos no pacto constitucional. Eis o sistema de garantias de uma democracia substancial.

#### **4. Para além da dicotomia obrigações positivas e obrigações negativas: a estrutura dos direitos de liberdade sindical e sua exigibilidade**

O sistema de garantias e os direitos fundamentais tem têm um objetivo claro: *"Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia."*<sup>25</sup>

Para tanto, os direitos fundamentais devem ser efetivos. Desta forma, é preciso afirmar a exigibilidade de todos os direitos, em especial daqueles que em nosso momento histórico se apresentam como direitos dos mais fracos. Esta tarefa, no âmbito da teoria do direito, envolve esclarecer a estrutura dos direitos, com vistas a torná-los exigíveis.

A falsa identificação entre normatividade e efetividade, existente nas abordagens mais conservadoras e restritivas dos direitos sociais, também está presente quando se trata da liberdade sindical, dificultando sua compreensão e estabelecendo obstáculos para sua exigibilidade. A liberdade sindical é um dos direitos fundamentais cuja estrutura se situa para além das

---

*como todos los demás derechos fundamentales, incluidos los derechos de autonomía privada, son, en efecto, inatacables e indisponibles y representan un límite no sólo frente a la política y a los poderes públicos, sino también frente al mercado y a los poderes privados."* FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota, 12, p. 103.

<sup>25</sup> Universalidade, indisponibilidade, igualdade, atribuição por lei e inserção na constituição. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota, 12, p. 35.

definições clássicas. Além de gerar os vínculos negativos típicos dos direitos de liberdade, a liberdade sindical gera pretensões positivas, que precisam ser asseguradas por técnicas que vinculem as normas produzidas não só pelo âmbito de sua forma, como também por seu conteúdo. Assim, ao invés de deslocar o direito fundamental à liberdade sindical para o canto do edifício constitucional como direito atípico, acreditamos que clarear a estrutura dos demais direitos constitucionais pode ser útil para um melhor entendimento da multiplicidade de dimensões da liberdade sindical como direito fundamental.

Há um caráter negativo das nas expectativas que se criam em torno dos direitos clássicos de liberdade, daquelas contra as expectativas positivas geradas pelos direitos sociais. Para Luigi Ferrajoli, ocorre uma diferença exclusivamente de grau, já que todos os tipos de direitos fundamentais incluem ambas as modalidades de obrigações.<sup>26</sup> Assim, afastar a clássica distinção estrutural que separa os direitos civis e políticos dos sociais – o que pressupõe relativizar a dicotomia das ações positivas/negativas necessárias ao seu estabelecimento – é importante para assegurar que todos os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, sejam justiciáveis, sancionáveis e reparáveis.

A construção de bases dogmáticas adequadas à exigibilidade dos direitos sociais é, também, o projeto dos professores argentinos Víctor Abramovich e Christian Courtis,<sup>27</sup> que enfrentam a temática da estrutura e da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais (terminologia adotada pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para denominar os direitos sociais).

Segundo concepção de vasta penetração nos meios jurídicos, uma das maiores dificuldades para a realização

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota, 12, p. 39.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota, 1, p. 10. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Víctor. Christian e Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Op. cit., p. 10.

dos direitos sociais seria o fato de que, enquanto os direitos civis e políticos instituiriam uma obrigação de não fazer por parte do Estado, os direitos sociais, se caracterizariam por uma obrigação de agir, um fazer. A realização de ações positivas esbarraria em gastos pouco exequíveis, em face das limitações orçamentárias estatais. Abramovich e Courtis rejeitam tal diferenciação redutora que tende, por outro lado, a desprezar as necessárias atuações positivas também para a tutela das liberdades e dos direitos civis e políticos.

Da mesma forma, a compreensão da liberdade sindical padece da concepção abstencionista, na qual os direitos de liberdade geram apenas deveres de não intervenção. O catálogo clássico das dimensões da liberdade sindical não avança para além da abstenção. Assim, não se pode obstar a fundação de um sindicato (liberdade de fundação); não se pode impedir a sindicalização individual (liberdade de adesão sindical), o Estado deve abster-se de interferir na vida sindical (liberdade de atuação), não podendo impedir a afiliação de uma entidade a outra entidade sindical.<sup>28</sup>

Ainda que, aparentemente, vários direitos se caracterizem como instituidores de obrigações negativas, de fato exigem uma intensa atividade estatal para que os particulares não interfiram nesta liberdade ou reparem a liberdade dos particulares garantida pelos direitos.<sup>29</sup> Os

<sup>28</sup> ABRAMOVICH, Víctor. Christian e Courtis. Op. cit. nota 1.

<sup>29</sup> Para melhor compreender as dimensões negativas da liberdade sindical, remetemos ao conceito de José Afonso da Silva, para quem a liberdade sindical implica: (a) liberdade de fundação de sindicato, (b) liberdade de adesão sindical, (c) liberdade de atuação, e (d) liberdade de filiação do sindicato às outras entidades. A liberdade de fundação de sindicato determina que a lei não pode exigir autorização do Estado para tanto, garantindo a autonomia sindical. A liberdade de adesão contempla a possibilidade livre do indivíduo de se filiar ou se desfilial de uma entidade. A liberdade de atuação estabelece a possibilidade de atuar livremente, sem condicionamentos e restrições governamentais e empresariais e a liberdade de filiação possibilita às entidades que se agrupem da forma como preferirem, podendo aderir e participar de qualquer tipo de entidade superior, nacional e internacional.

serviços policiais, de segurança pública e a própria jurisdição estatal são exemplos de como os direitos civis e políticos instituem para o ente estatal deveres maiores que a mera abstenção. Precisam da interferência do Estado organizando serviços e disponibilizando recursos financeiros para sua implementação.

E não apenas a ação do Estado assegura os direitos sociais, como também a não interferência estatal pode ser condição para sua efetividade. A plena aplicação do princípio constitucional que assegura o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho firmados pelas entidades sindicais, em várias situações, é obstada; por exemplo, pela interferência normativa proibindo a instituição de cláusulas automáticas de reajuste salarial, no bojo da implementação de políticas econômicas ortodoxas.<sup>30</sup> É um caso típico em que a política de preservação do valor real das remunerações não depende apenas de um fazer estatal – adoção de normas de reajuste salarial – mas também exige uma abstenção normativa, com a não proibição.

Como a estrutura dos direitos civis e políticos se caracteriza por ser um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do ente estatal,<sup>31</sup> reduz-se, sob tal ângulo de análise, as diferenças entre os direitos sociais e os civis. A aproximação entre os diversos catálogos de direitos fundamentais, ademais, ocorre pela reinterpretação dos direitos políticos e civis sob o prisma dos direitos sociais.<sup>32</sup>

As dificuldades teóricas surgidas com a dicotomia obrigações positivas/negativas se explicitam no âmbito dos direitos de liberdade sindical, de greve e sindicalização,

<sup>30</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis. Op. cit., nota 1, p. 24.

<sup>31</sup> A respeito ver a proibição de negociar cláusulas de reajustes salariais vinculadas a índices de preços, prevista no artigo da Lei que instituiu o Plano Real (originada da conversão da MP 1.675).

<sup>32</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis. Op. cit., nota 1, p. 24.

levando certos autores a caracterizá-los como casos especiais de direitos civis e políticos, embora historicamente pertençam ao catálogo dos direitos sociais.<sup>33</sup>

Autores comprometidos com a realização da liberdade sindical, como o uruguaio Oscar Ermida Uriarte, já destacavam “a realidade presente da liberdade sindical, como um conceito complexo, composto por um conjunto de direitos concretos.”<sup>34</sup> Da liberdade sindical decorrem os direitos sindicais, de atuação concreta, a liberdade de funcionamento das entidades, a proibição de ingerência dos empregadores e dos governos nas ações sindicais, a proteção contra os atos de discriminação sindical.

A percepção da complexidade da liberdade sindical suplanta a visão estática e negativa derivada de uma compreensão de liberdade meramente liberal, que encerraria apenas obrigações de não-fazer. Guezzi e Romagnoli buscam superar as teorias que diferenciam a liberdade sindical positiva da liberdade sindical negativa, pois, liberdade e poder são categorias indissociáveis.<sup>35</sup> Assim, sob marco teórico semelhante, recusam a hegemônica redução conceitual, reconhecendo tratar-se de duas dimensões intrínsecas ao mesmo direito.

E exatamente pela complexidade dos direitos fundamentais é que a sua classificação deve ser entendida apenas em seu valor heurístico, sendo necessário destacar a existência de um espaço intermediário entre os diversos tipos de direitos e de obrigações.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis. Op. cit., nota 1, p. 26.

<sup>34</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis. Op. cit., nota 1, p. 27.

<sup>35</sup> URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade Sindical: normas internacionais, regulação estatal e autonomia. In: *Relações Coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. João de Lima Teixeira Filho (Org.). São Paulo: LTr, 1989. p. 252.

<sup>36</sup> Como registraram os autores: “*Il principio costituzionale della libertà sindacale há trascorso molti e freddi inverni al riparo, insufficiente, della concezione meramente statica e negativa tipica della strategia delle libertà ereditata dalla dottrina liberale. (...)*”

Em face destas dificuldades metodológicas e da constatação de que a classificação anterior é relativamente arbitrária, novos esquemas explicativos vêm sendo estabelecidos. Van Hoof, citado por Abramovich e Courtis, propõe estabelecer os diversos níveis de obrigações estatais em todos os tipos de direito, nos quais seriam possíveis discernir as (a) obrigações de respeitar, (b) obrigações de proteger, (c) obrigações de garantir e (d) obrigações de promover o direito em tela,<sup>37</sup> o que permite reforçar a unidade dos direitos econômicos, sociais, culturais, políticos e civis.<sup>38</sup>

A obrigação de respeitar exige que o Estado não se intrometa, nem impeça ou obstaculize o acesso dos titulares do direito ao seu gozo. Para proteger um direito o Estado deve agir para impedir que particulares intervenham e se contraponham a sua realização. Garantir um direito supõe assegurar que seu titular aceda ao bem, inclusive promovendo-o quando não o alcança por meios exclusivos. E, por fim, as obrigações relativas a promoção do direito instituem o dever de desenvolver e construir condições para a aquisição dos bens tutelados.<sup>39</sup>

---

*Falsa, invece, è la distinzione-contrapposizione che di solito si fa tra libertà sindacale positiva e libertà sindacale negativa, assumendo che siano entrambe coperte dalla garanzia costituzionale. Poiché libertà e potere sono categorie indissociabili, la libertà sindacale presa in considerazione dai costituenti non può essere che quella di organizzarsi sindacalmente: la c.d. libertà sindacale negativa che si eserciterebbe astenendosi dal compiere scelte attinenti alle forme organizzative dell'autotutela sindacale à, infatti, una libertà per definizione senza potere e comunque coincide con la libertà individuale di farsi i fatti suoi, di far da sé." GHEZZI, Giorgio; ROMAGNOLI, Umberto. Il diritto sindacale. Quarta edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 1997. p. 43.*

<sup>37</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis. Op. cit., nota 1, p. 27. "En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas."

<sup>38</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis. Op. cit., nota 1, p. 27-29.

<sup>39</sup> ABRAMOVICH, Víctor; Christian Courtis, adotam classificação semelhante oriunda do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que diferencia 3três níveis de obrigações estatais: as obrigações de respeitar, de proteger e de satisfazer (que incorpora os níveis de garantia e promoção), cf. Víctor Abramovich, Christian e Courtis. Op. cit., nota 1, p. 31.

Todos esses tipos de obrigações são necessárias para a efetividade dos direitos sindicais e do princípio da liberdade sindical. Como os demais direitos de liberdade não apenas se asseguram com a criação de imunidades contra o ente estatal, mas também por serem direitos que exigem atos estatais para sua concretização, como, aliás, ocorre com os outros direitos que, nem por isso são desconsiderados como direitos verdadeiramente fundamentais. Necessitam apenas de um sistema de garantias, função intrínseca atribuída ao sistema jurídico quando se trata de tutelar sujeitos com poderes diferenciados.

Abramovich e Courtis põem em xeque a propalada limitação por condicionamentos econômicos como sendo o principal obstáculo à exigibilidade dos direitos sociais. Considerando que todos os direitos constituem um complexo de obrigações positivas e negativas, os autores distinguem vários meios de ações positivas estatais, demonstrando que agir não se restringe a pagar ou a financiar.

Na esfera da ação positiva, existem direitos que se caracterizam por obrigar o Estado a estabelecer algum tipo de regulação; outros obrigando que a regulação estabelecida pelo Estado limite ou restrinja as faculdades das pessoas privadas e ainda há o cumprimento da obrigação positiva através da promoção de serviços exclusivos ou mistos, compreendendo as regulações que afetem os particulares através de restrições, limites e obrigações.<sup>40</sup>

A ação positiva de regular de forma adequada não implica necessariamente no financiamento de estruturas ou de condutas. Vários direitos fundamentais precisam de regulações que atribuam relevância a uma determinada

---

<sup>40</sup> HOOF, G.H.J. van. The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views. In: P. Alston y K. Tomashevski (eds.), The Right to Food. Utrecht, 1984. p.97-110, *Apud*. ABRAMOVICH, Víctor; Christian e Courtis. *Los derechos sociales*. Op. cit., nota 1, p. 31.



situação e não de gastos estatais. Conforme exemplificado pelos autores, o direito de fundar um sindicato ou a ele se filiar implica no direito de outorgar consequências jurídicas relevantes à sua atuação.<sup>41</sup> E do ponto de vista deôntico, a regulação não se limita a estabelecer a ausência de proibição, sendo necessário por vezes regulamentos que estabeleçam normas permissivas ou facultativas, e ainda normas que estabeleçam proibições e obrigações ao ente estatal.<sup>42</sup>

A obrigação de agir, por sua vez, se dirige aos particulares. A regulação necessária para a efetivação dos direitos sociais deve limitar e restringir o poder econômico privado. Aliás, na economia de mercado, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, no âmbito dos direitos laborais e sindicais, é a única forma de fazê-los efetivos.<sup>43</sup>

A instituição de um sistema de garantias através da ação estatal regulamentando os direitos fundamentais e promovendo seu incentivo frente aos particulares, não é uma técnica nova, conforme destacado por Ferrajoli,<sup>44</sup> ao indicar como exemplo de garantismo a edição, em 1970, do Estatuto dos Trabalhadores italiano, legislação de sustento ao trabalho e à atividade sindical, fundada no reconhecimento constitucional do direito ao trabalho e da liberdade sindical.

Por fim, existe uma multiplicidade de medidas estatais que podem ser adotadas pelo Estado e de forma conjunta, pelos entes estatais e os sujeitos privados.<sup>45</sup> E tal multiplicidade atinge tanto as ações necessárias para assegurar os direitos oriundos da chamada primeira geração de direitos quanto das gerações posteriores.

Para além das obrigações necessárias à efetivação dos direitos, o tema da justiciabilidade dos direitos

<sup>41</sup> ABRAMOVICH, Víctor Christian e Courtis. Op. cit., nota 1, p. 33-36.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 34.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., nota 2, p. 109.

econômicos, sociais e culturais vem sendo apontado como o segundo dos calcanhares-de-aquiles de Aquiles da exigibilidade dos direitos sociais. Com a liberdade sindical, a alegação de serem direitos não plenamente exigíveis e alcançáveis quando violados, visa reduzir as condições e possibilidades para sua efetivação.

Recusando a identificação entre normatividade e realidade, Abramovich<sup>46</sup> e Courtis assinalam que para a qualificação dos direitos sociais como um direito pleno não se exige que sejam observados pelos agentes públicos e privados, mas sim, que sejam exigíveis através de algum poder ou instituição jurídica que possam determinar seu cumprimento.<sup>46</sup> Para tanto, a análise deve se centrar nos mecanismos e obstáculos reais que possam dificultar a postulação de demandas e o provimento dos direitos através da atuação judiciária. Mas o reconhecimento de que possam existir dificuldades no âmbito das garantias processuais disponíveis, principalmente em face do caráter coletivo dos litígios, é apenas a descrição de um determinado estado de coisas, superável pela capacidade humana de criar novos instrumentos processuais e reinventar os existentes.

O marco teórico desenvolvido pelos autores no intuito de demonstrar a exigibilidade dos direitos sociais contribui de maneira significativa para a compreensão e o desenvolvimento de uma dogmática do princípio da

---

<sup>46</sup> Desta forma, o reconhecimento constitucional do direito de organizar-se livremente se explica como um direito subjetivo público de liberdade, inibindo a atuação estatal que possa lesar o interesse tutelado. Mas o princípio não se esgota nesta apreensão primeira de um princípio imunizador contra a atuação estatal, pois a efetividade da norma constitucional contém uma garantia que se estende às relações intersubjetivas de caráter privado, como bem acentuou o jurista italiano Gino Giuni: *"de fato as formas mais evidentes de violação do direito à liberdade sindical podem se dar não tanto nas relações entre cada um e o Estado, mas principalmente entre trabalhadores e empregadores."* GIUNI, Gino. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr Editora, 1990. p. 47. O princípio da liberdade sindical têm incidência direta não só sobre os atos estatais, como também sobre as ações dos sujeitos privados, que sofrem os influxos diretos da ordem constitucional.

liberdade sindical, na medida em que permite compreendê-lo em múltiplas dimensões, de direito individual e direito coletivo. A proteção da liberdade sindical pode ganhar novos contornos com a superação da dicotomia negativa/positiva, sendo possível apreender e fundamentar uma liberdade como liberdade participativa, como um princípio a ser realizado, adquirindo um sentido promocional prospectivo.<sup>47</sup>

## 5. Considerações finais

O aprofundamento do diálogo com Luigi Ferrajoli e sua concepção – situada no plano da teoria do direito – estrutural ou formal dos direitos fundamentais nos parece necessário para prosseguir os estudos sobre os direitos sociais, em particular os laborais e sindicais. Com uma exigência normativa de universalidade – distanciada do conceito de efetividade, bastando para alcançá-la que os todos os sujeitos pertencentes a uma classe, em sentido formal, sejam titulares dos direitos ditos fundamentais – o autor traça novos caminhos para a oxigenação dos direitos sociais e laborais como sendo direitos fundamentais, contrapondo-se aos minimalismos surgidos na matéria com o influxo sofrido pelo welfare state.

Apesar de se distanciar dos autores que se preocupam com o problema da fundamentação dos direitos fundamentais, pugnando por um conceito formal, não ideológico, Ferrajoli não se furta a buscar os fundamentos desses direitos. Se a perspectiva formal é necessária no âmbito de uma teoria do direito, são inegáveis as relações que se estabelecem entre as conclusões obtidas no plano desta teoria, quando confrontadas com abordagens outras, advindas de outros pontos de vista metodológicos. Ao estabelecer os nexos

<sup>47</sup> ABRAMOVICH, Víctor Christian e Courtis. Op. cit., nota 1, p. 37.

evidentes entre a forma universal dos direitos fundamentais com e a preservação dos mais fracos, o próprio autor reconhece que o conceito estrutural atende perfeitamente às exigências oriundas de sua concepção maior do direito como sistema de garantias.

Assim, há um fundamento axiológico na base da apreensão formal, compatível com o próprio desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais. Os tais direitos fundamentais foram sancionados como tal a partir de um processo de lutas e revoluções, nas quais se limitaram os poderes dos mais fortes, correspondendo, pois, em seu tempo a contrapoderes.<sup>48</sup> A estrutura aparentemente formal desses direitos, no pensamento de Ferrajoli, parece-nos ser uma técnica exigida para a formação de um sistema de garantias. Como explicitou Ferrajoli ao refutar as objeções à sua teoria feitas pelo prisma do relativismo cultural:

“En otras palabras: si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los

<sup>48</sup> Sentido atribuído aos direitos sociais por Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “O crescimento do estado social ou estado do bem-estar social reverteu alguns dos postulados básicos do estado de direito, a começar da separação entre Estado e Sociedade (...). Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência conseqüente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania (...) Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação....” O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? FERRAZ JR., Tércio Sampaio. In: *Dossiê Judiciário*. São Paulo: Revista da USP, Edusp, 1994. p. 18.

poderes públicos, formulá-ndolos como derechos en forma rígida y universal.”<sup>49</sup>

## Referências:

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

BACCELLI, Luca. Derechos sin fundamento. In: FERRAJOLI, Luigi et alli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta. In: FERRAJOLI, Luigi et alli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 3ª ed., Madrid: Editorial Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. Prólogo. In: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. et alli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Dossiê Judiciário*. São Paulo: Revista da USP, Edusp, 1994.

<sup>49</sup> Luigi Ferrajoli. Op. cit., nota 13, p. 363.